



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 4 7 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato relativo a las obras "Reasfaltado de la Carretera Rosales-Padilla" adjudicado a la empresa O.A.C., S.L. (EXP. 377/2012 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Firgas, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras "Reasfaltado de la carretera Rosales-Padilla".

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión de éste se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con los preceptos de carácter básico recogidos en los arts. 195.3.a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aplicables porque el contratista se ha opuesto a la resolución y ello de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la antedicha ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, según la cual ha de estarse en esta materia contractual a lo previsto en la normativa vigente al tiempo de adjudicación del contrato, la citada LCSP, pues aquella se produjo el 8 de julio de 2009.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- El Cabildo Insular de Gran Canaria transfirió al Ayuntamiento de Firgas las funciones para la contratación, ejecución y seguimiento de diversas actuaciones, entre ellas el reasfaltado de la carretera Rosales-Padilla. La transferencia fue aceptada por el Pleno de la Corporación municipal mediante Acuerdo adoptado en sesión celebrada el 9 de febrero de 2009.

- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Firgas de fecha 8 de julio de 2009 se adjudicó a la entidad O.A.C., S.L. el contrato para la ejecución de la obra del mencionado reasfaltado por un importe de 169.025,71 euros, más 8.451,29 euros de IGIC, y un plazo de ejecución de 3 meses.

El contrato fue formalizado, previa constitución de la garantía definitiva, el 10 de julio de 2009 y en esta misma fecha se solicita por la Alcaldía al Cabildo Insular prórroga hasta el 31 de octubre de 2009 para la ejecución de las obras.

- El 18 de julio de 2009 se firmó el acta de comprobación del replanteo, en la que se hizo constar que no se habían podido comenzar los trabajos por estar pendiente de ejecución la obra de renovación de la red de abastecimiento "Rosales-Padilla".

- El 8 de abril de 2010 se firma nueva acta de comprobación del replanteo, sin observaciones, por lo que las obras debían comenzar al día siguiente y finalizar el 9 de julio de 2010.

- El 13 de mayo de 2010 se emite informe por la Dirección facultativa en el que se ponen en conocimiento de la Alcaldía diversas anomalías en la ejecución de la obra, así como su paralización durante más de 20 días.

- El 2 de agosto de 2010 el Director facultativo informa que la obra se encuentra sin acabar y que la parte ejecutada no se ajusta al proyecto licitado, ya que la constructora había variado, a su voluntad, el sistema constructivo y los materiales especificados, según se detalla en el propio informe, que plantea al respecto dos posibles opciones: liquidación a la contratista por lo realmente ejecutado o imponer la terminación de la obra en los términos establecidos en el proyecto contratado.

Por la Alcaldía se dio traslado de este informe al Cabildo Insular.

- El 20 de octubre de 2010, la Dirección facultativa insiste en que se ha ejecutado una obra que no se corresponde con el proyecto, utilizando la contratista un material diferente, el empleo de un espesor inferior y ha asfaltado calles no contempladas en la actuación. A los efectos oportunos, se solicita prórroga de tres meses, hasta el 1 de febrero de 2011.

De este informe se dio traslado al Cabildo insular.

- El 10 de diciembre de 2010, la Dirección facultativa informa sobre la viabilidad de redactar un proyecto modificado, pues la contratista ha variado tanto el sistema constructivo, al dar solo una capa, como el material especificado, sustituyendo el D-12 por el S-12 y ha incrementado la superficie del asfaltado por necesidades de los anchos de las vías.

Este informe se somete a la consideración del Servicio de Cooperación del Cabildo Insular y el 24 de febrero de 2011 se emite informe por el técnico insular supervisor del proyecto desfavorable a la modificación del contrato, pues entiende que las modificaciones realizadas en la obra no se ajustan a razones de interés público ni se deben a causas imprevistas, además de no haber sido ordenadas por el director facultativo.

- El 14 de noviembre de 2011 se remite Circular al Ayuntamiento por el Cabildo Insular relativa a los plazos de terminación de las obras, en la que se indica que se encuentra prevista la anulación de los créditos para los cuales no se haya procedido al reconocimiento de la obligación antes del 30 de diciembre de 2011.

Ello motiva que la Alcaldía inste a la Dirección facultativa de la obra que emita las certificaciones de obra, pero el 24 de noviembre ésta informa que, de acuerdo con lo informado anteriormente, la obra ejecutada no se ajustaba al proyecto, por lo que no se puede emitir certificación o relación valorada de la obra.

- El 1 de diciembre de 2011 la entidad contratista presenta factura, de fecha 31 de mayo, por importe de 173.046,97 euros, que correspondería a la certificación de obra nº 1, informando el Director facultativo que no puede ser admitida por la razón reiteradamente expuesta.

- Con fecha 13 de diciembre de 2011 el Director de la obra solicita a la Alcaldía la prórroga del plazo de ejecución al haber transcurrido el inicialmente establecido y por los problemas generados por la constructora en la ejecución de la obra. Este

informe fue remitido con esta misma fecha al Cabildo Insular, solicitando en la medida de lo posible su conformidad a la prórroga.

Por último, el 16 de enero de 2012 se emite informe técnico a solicitud de la Alcaldía según el cual la obra no ha finalizado y existen deficiencias en la ejecución. Así, el asfaltado que se ha ejecutado no se ajusta al proyecto redactado y queda pendiente la partida destinada a la señalización horizontal, suponiendo esto una demora en la terminación de la obra. Por eso, propone la resolución del contrato en aplicación de lo previsto en la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), al haberse incumplido el plazo de ejecución.

2. El 7 de febrero de 2012 se emite por la Secretaría municipal informe relativo al procedimiento a seguir para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, considerándose como causa de resolución la demora respecto al cumplimiento del plazo total de ejecución de la obra, que se halla incluida en los arts. 196.4, 197 y 206.d) LCSP y en la cláusula 21 PCAP. Por otra parte, se pone de manifiesto que en el Boletín Oficial del Estado nº 304, de 19 de diciembre de 2011, se publicó la declaración de concurso de la entidad contratista.

El 10 de febrero de 2012 se inicia mediante Resolución de la Alcaldía el procedimiento de resolución del contrato de obras de referencia, otorgándose audiencia tanto al contratista, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que se opone a la resolución, como a los administradores del concurso.

La Propuesta de Resolución culmina el procedimiento disponiendo la resolución del contrato por la causa señalada y decidiendo la devolución de la garantía constituida, al no existir daños y perjuicios ocasionados por el contratista.

Sobre este asunto recayó el Dictamen de este Consejo 232/2012, de 10 de mayo, que se concluyó con la no procedencia de entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, del procedimiento de resolución pertinente, basado en la causa procedente y con realización de los trámites jurídicamente exigibles, formulándose Propuesta de Resolución que habría de ser dictaminada por este Organismo.

3. El 17 de mayo de 2012 se adopta Acuerdo por la Junta de Gobierno Local, en virtud de la delegación conferida por la Alcaldía, por el que se declara la caducidad del procedimiento anterior y se incoa nuevo procedimiento de resolución del contrato de obras de referencia.

En este procedimiento recayó el Dictamen de este Organismo 369/2012 en el que nuevamente se concluyó en la no conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente por las razones en el mismo explicitadas, lo que motivó el archivo del expediente mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión de 2 de agosto de 2012.

III

1. El 3 de agosto de 2012, una vez emitidos informes por el arquitecto municipal y la Secretaría, se inicia nuevo procedimiento de resolución contractual por la Alcaldía fundamentado en la demora total en la ejecución de la obra por parte del contratista, en aplicación de los artículos 196.4 y 206 LCSP y de la Cláusula 22 del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares.

En la tramitación del procedimiento se ha concedido trámite de audiencia a la entidad interesada, así como a los administradores concursales, al avalista y al Cabildo Insular de Gran Canaria. Durante el plazo concedido al efecto, presenta alegaciones la entidad contratista en las que se opone a la resolución, reiterando sus anteriores escritos presentados en los dos procedimientos anteriores.

Consta en el expediente informe técnico del arquitecto municipal Director de las obras, en el que se rebaten las alegaciones presentadas por la contratista, reiterando igualmente el contenido de los informes emitidos en aquellos procedimientos.

Consta finalmente Propuesta de Resolución, que fundamenta la resolución del contrato en la causa prevista en los artículos 196.4, 197 y 206.d) LCSP, así como en la cláusula 22 PCAP, al haber incurrido el contratista en demora en el cumplimiento del plazo total fijado en el contrato.

2. Por lo que se refiere al fondo del asunto, la Administración funda la resolución contractual en la demora respecto al cumplimiento del plazo total para la ejecución de la obra fijado en el contrato.

La demora producida se halla efectivamente acreditada en el expediente. De conformidad con la cláusula quinta del PCAP, la duración del contrato se fijó en tres meses, cuyo cómputo se iniciaría con el acta de comprobación del replanteo. Este acta fue suscrita, tras las vicisitudes ya relatadas en los antecedentes, el 8 de abril de 2010, por lo que las obras debían comenzar al día siguiente y finalizar el 9 de julio de 2010, fecha ésta última en la que las obras no habían acabado, constando en el

expediente solicitud de prórroga por parte de la Dirección facultativa al Cabildo Insular hasta el 1 de febrero de 2011, que no consta que fuera concedida.

No obstante, aún teniendo en cuenta esta última fecha, las obras han continuado sin finalizar, extremo éste que es reconocido por el propio contratista en sus alegaciones en relación con la partida 1.4, relativa a la señalización horizontal.

Alega sobre este extremo el contratista que esta señalización no se ha ejecutado debido a que advirtió un error en el proyecto en cuanto a la anchura de la señalización del borde al figurar 30 cm., en lugar del ancho habitual de 10 cm para esta clase de vía, conforme a la normativa técnica de aplicación.

El contratista está obligado a ejecutar las obras con estricta sujeción al proyecto y conforme con las instrucciones que en interpretación técnica de éste le den el Director facultativo de las obras y la Administración en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 213 LCSP, cláusula decimonovena PCAP). El contratista no puede por consiguiente negarse a la ejecución de las obras o paralizarlas de forma unilateral alegando defectos o errores del proyecto porque éste forma parte del contenido del contrato.

Así pues, la no ejecución de la partida pendiente ha determinado que la obra no esté ejecutada en plazo, lo cual constituye un incumplimiento de la obligación que le impone el art. 196.2 LCSP y la Cláusula Decimonovena, párrafo tercero, PCAP; por tanto, la Administración está facultada por el art. 196.4 LCSP para resolver el contrato por esta causa.

3. La Administración incluye por otra parte dentro de esta causa diversos incumplimientos del contratista relativos a la ejecución de la obra sin ajustarse a las condiciones establecidas en el Proyecto. Se señala en este sentido que no se ha respetado el trazado original propuesto, variando los anchos e incorporando tramos no contemplados en el proyecto y asimismo ha variado el sistema constructivo al dar una sola capa, cambiado el espesor y emplear materiales que no eran los especificados en el apartado 5 del proyecto, todo ello sin el conocimiento ni consentimiento de la Dirección Facultativa de la obra. De todo ello se colige por la Administración que la obra no ha concluido en plazo, al no ajustarse en definitiva la obra ejecutada al proyecto aprobado por la Administración.

Así planteado, este proceder de la contrata implica un incumplimiento de la obligación esencial y básica de todo proyecto de obra, que es la ejecución de la misma con estricta sujeción al proyecto y conforme con las instrucciones de la

Dirección facultativa, tal y como al efecto dispone el ya citado art. 213 LCSP y prevé la Cláusula Decimonovena PCAP, lo que en su caso, podría constituir otra causa de resolución contractual, si bien indirectamente implica a su vez, como sostiene la Administración, que se ha producido un incumplimiento en el plazo de ejecución de la obra, pues ésta no ha concluido en el plazo contractualmente previsto conforme al proyecto licitado.

Los incumplimientos aludidos se encuentran así mismo acreditados en el expediente, sin que las alegaciones de la contrata desvirtúen las razones aducidas por la Administración.

En este sentido, alega el contratista en primer lugar que asumió la exigencia, proveniente al parecer de la Alcaldía, de pavimentar otras calles del barrio por donde discurre la carretera no contempladas en el proyecto, para lo cual colocó en determinados tramos una capa de unos 7 cm de asfalto, pero maximizando todos los anchos posibles del Camino Principal Rosales-Padilla.

Señala la dirección facultativa de la obra que el proceder de la contratista evidencia que ha variado, a su cuenta y riesgo, el sistema constructivo: al dar una sola capa, ha cambiado el espesor previsto, ampliado los anchos a asfaltar y ha incorporado nuevas zonas a asfaltar no contempladas en el proyecto, todo ello sin contar con el conocimiento ni conocimiento de la dirección facultativa.

Alega también el contratista que entre los puntos kilométricos 313 al 848 de la vía se colocaron dos capas de mezclas, una de G-20 y otra de D-12 de 5 cm de espesor en rodadura. Añade que en la ejecución de esta fase la dificultad de tener que afrontar la enorme deformación que presentaba el firme existente, desde los márgenes al eje, de lo que tuvo conocimiento la Dirección técnica de la obra, siendo preciso encontrar la nivelación ideal para marcar las estacas que debía servir de guía al automático sensor de nivelación de la extendedora.

Esta dificultad se encuentra reconocida en el expediente por la Dirección facultativa, señalando que en cruce con la calle Los Menores existía una zona sin asfaltado y que el firme presentaba una deformación. Indica no obstante que en relación con los materiales empleados la contrata sólo presentó los albaranes de la mezcla S-12, pero no los de D-12, lo que evidencia en su criterio que no se utilizó el material especificado en el proyecto, que era del D-12 o que, si en algún momento se empleó, fue de forma puntual en la aludida zona de la calle Los Menores y de resto para efectuar algún rebacheo. Concluye a este respecto que en ningún caso se

extendieron las mezclas como se especificaba en el proyecto y que si, como sostiene la constructora, se hubiera ejecutado, el asfaltado estaría más alto que el que se ejecutó y además no se fresó en esta zona.

En relación con los espesores de las capas de asfalto alega también la contratista que por parte del técnico insular supervisor de la obra se encargó al I.C.I.C. una campaña de sondeos para la extracción de testigos del firme y contraste de los espesores colocados, cuyos resultados indican que los espesores de las mezclas de aglomerado empleados son sensiblemente los previstos en el proyecto, de 9,75 cm sobre 10 cm.

Sobre estos informes del I.C.I.C. la Dirección facultativa indica que no los considera válidos ya que al no ser realizados en su presencia no se pudo corroborar *in situ* los espesores de los testigos extraídos del firme. Plantea además que de la documentación fotográfica que se aporta en los informes resultan dudas, ya que en la misma se aprecian distintas tonalidades y composiciones de las probetas, poniendo como ejemplo la diferencia que existe entre los testigos T1 y T2: en el primero se observa una probeta de una tonalidad muy oscura, en la que no se aprecia el árido, aparentemente se trata de un D12 o S12; en la segunda se ve de forma clara un árido con una menor cantidad de betún propia de un G20, que no sería el firme exigido como acabado del reasfaltado en el proyecto; también se obvia diferenciar de los testigos el nuevo asfalto y el antiguo, la capa de S12 y G20.

Añade como otro ejemplo de la inexactitud de las pruebas efectuadas la constatación de la existencia de un firme inferior al reflejado en el informe, valga el T21, extraído en el centro, al que se le da un espesor de 10 cm mostrando una foto con tres estratos, en la que se quiere hacer creer que los 5 cm iniciales son de D12, los cinco siguientes del G20 y el resto del asfaltado previo. Sin embargo, verificado en la zona por las obras de acometida eléctrica, se mide un espesor de 5 cm hasta la capa previa al nuevo asfaltado. Con ello, no puede considerarse acreditadas las afirmaciones del contratista acerca de los materiales y espesores de las capas asfálticas, que no se ajustan al proyecto licitado.

Finalmente alega el contratista que han sido recrecidas todas las arquetas de los pozos existentes y las nuevas rectangulares, con mayor dimensión que lo previsto en el proyecto, debido a las necesidades derivadas de la ejecución de las obras de renovación de la red de canalizaciones eléctricas y de telefonía. Sobre este extremo sin embargo indica la Dirección facultativa que la contrata no puso objeción alguna

durante la ejecución de la obra y que varias arquetas no fueron recrecidas y otras se han hundido.

4. Por lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato, la Propuesta de Resolución, a pesar de constatar el incumplimiento del contratista, procede a la devolución de la garantía constituida, al no haberse determinado por los técnicos competentes indemnización por los posibles daños y perjuicios ocasionados.

Este proceder resulta contradictorio con lo establecido en el acuerdo de inicio del procedimiento, en el que se entendía que la producción de la causa de resolución esgrimida conllevaría la incautación de la garantía y el resarcimiento de los daños y perjuicios, si los hubiere, y no fuese suficiente la citada garantía.

A este respecto procede señalar, como ya mantuvimos en nuestro anterior Dictamen 232/2012, que no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón (art. 208.3 LCSP) y que es lo que aquí acontece, teniendo en cuenta la causa de resolución alegada.

5. Por lo que se refiere a la liquidación del contrato, consta en el expediente que al contratista no se le ha abonado ninguna certificación de obra, sosteniendo la dirección facultativa la improcedencia de su abono precisamente sobre la base de que la obra ejecutada no se ajusta al proyecto.

Este proceder resulta contradictorio con la ausencia de daños y perjuicios que sostiene la Administración, que en ningún momento ha planteado la inutilidad de la obra realmente ejecutada ni la imposibilidad de utilización de la vía objeto del contrato, lo que podría dar lugar a un enriquecimiento injusto por su parte, al encontrarse utilizando la carretera en las condiciones ejecutadas y no habiendo abonado sin embargo ninguna certificación al contratista. Procedería por ello que en fase de liquidación del contrato, se determinara la parte de la obra recibida, sin más, a los efectos de su abono, incluso con carácter compensatorio en su caso.

6. Otro tratamiento, sin embargo, merece la ejecución de obras en calles no contempladas en el proyecto licitado, al parecer siguiendo instrucciones verbales por parte de la Alcaldía. En el expediente consta acreditado por los informes de la propia Dirección facultativa que efectivamente estas obras se llevaron a cabo, habiéndose pues producido la contratación verbal de estas nuevas obras. Supone ello que las

obras se ejecutaron sin contrato administrativo previo o, al menos, sin proceder a la modificación del contrato inicial, prescindiéndose total y absolutamente del procedimiento previsto en la LCSP, lo que no ha impedido que, como se ha señalado, las obras se ejecutaran. Por ello, en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, procede que por la Administración se proceda al abono de estas obras al contratista, sin perjuicio del derecho de ésta de repetición y del ejercicio de cuantas acciones legales procedan para el debido resarcimiento.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho en cuanto declara la resolución del contrato. Se realizan, no obstante determinadas, observaciones en el Fundamento III, apartados 4 a 6, en lo que se refiere a los efectos de la resolución.